

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

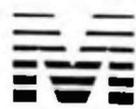
industrial, econômico  
e financeiro

---

129

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
do Departamento de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)  
janeiro-março/2003

 **MALHEIROS  
EDITORES**

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 129 — janeiro-março de 2003

## FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

**REVISTA DE DIREITO MERCANTIL**

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE  
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *Scripta*

## SUMÁRIO

---

### **DOCTRINA**

#### **ALGUMAS INCIDÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA**

— ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES ..... 7

### **ATUALIDADES**

#### **BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS — MEDIDAS LEGISLATIVAS EM PORTUGAL E NA EUROPA**

— A. SARAIVA MATIAS E CATARINA MARTINHO ..... 30

#### **VERDADEIRA PROJEÇÃO DA ARBITRAGEM — CONVENÇÃO DE NEW YORK DE 1958**

— IRINEU STRENGER ..... 40

#### **ACORDO DE ACIONISTAS — ARQUIVAMENTO NA SEDE SOCIAL — VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE CONTROLADA**

— NELSON EIZIRIK ..... 45

#### **CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL**

— JAIRO SADDI ..... 54

#### **REGISTRO DO COMÉRCIO E OS LIMITES DE SUAS EXIGÊNCIAS**

— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA ..... 69

#### **A LEI 10.303, DE 2001, E A INCLUSÃO DOS DERIVATIVOS NO ROL DOS VALORES MOBILIÁRIOS**

— DANIEL KREPEL GOLDBERG ..... 73

#### **PODE A SOCIEDADE LIMITADA TER CAPITAL AUTORIZADO?**

— OTÁVIO VIEIRA BARBI ..... 83

#### **LIMITES DE ATUAÇÃO DO CONSELHO FISCAL**

— RAUL DE ARAUJO FILHO E RODRIGO FERRAZ P. CUNHA ..... 96

#### **EXCLUSÃO DE SÓCIO EM SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL**

— LEONARDO GUIMARÃES ..... 108

#### **O ISS NA CONSTRUÇÃO CIVIL**

— JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO ..... 121

**ESPAÇO DISCENTE****A ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI ..... 136

**REFORMA REGULATÓRIA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL**

— MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO ..... 174

**ARBITRAGEM NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— LIVIA ROSSI ..... 186

**OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES NA ALIENAÇÃO DE  
CONTROLE DE COMPANHIAS ABERTAS. Apontamentos sobre o  
art. 254-A da Lei das Sociedades Anônimas**

— JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR ..... 206

**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA****INDENIZATÓRIA MOVIDA POR FILHOS ALEGANDO MORTE DA MÃE  
POR CÂNCER DE PULMÃO DECORRENTE DE TABAGISMO**

— PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO ..... 220

**TEXTOS CLÁSSICOS****"LEX MERCATORIA"**— FRANCESCO GALGANO, item I da Introdução da obra *Lex Mercatoria*.  
Tradução de ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA ..... 224**PARECERES****LEGITIMAÇÃO DO SÓCIO DA SOCIEDADE CONTROLADORA  
PARA PLEITEAR A ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DA CONTROLADA  
SUBSIDIÁRIA INTEGRAL**

— ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA ..... 229

**DEMANDA REPARATÓRIA AJUIZADA POR ACIONISTA EM VIRTUDE  
DE ADIMPLENTO IMPERFEITO. FUNÇÃO E NATUREZA JURÍDICA  
DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. CARÁTER CONSTITUTIVO  
DAS DECISÕES ASSEMBLEARES TOMADAS POR ÓRGÃOS DAS  
SOCIEDADES ANÔNIMAS. A AÇÃO REGULADORA E PRINCÍPIOS  
ESSENCIAIS VINCULADORES DE COMPANHIAS ABERTAS  
COM VALORES MOBILIÁRIOS NO MERCADO DE CAPITAIS.  
IMPOSIÇÕES DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA.  
PRAZOS DE PRESCRIÇÃO NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— LEANDRO BITTENCOURT ADIERS ..... 234

## COLABORAM NESTE NÚMERO

---

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra. Membro Correspondente da Academia Brasileira de Direito Constitucional

A. SARAIVA MATIAS

Professor de Direito. Advogado

CATARINA MARTINHO

Advogada Estagiária

DANIEL KREPEL GOLDBERG

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor em Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

IRINEU STRENGER

Professor Titular de Direito Internacional Privado e de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Professor da Academia de Direito Internacional de Haia (1991). Doutor *Honoris Causa* da Universidade Argentina John Fitzgerald Kennedy. Membro do *Institut du Droit et des Pratiques des Affaires Internationales*, da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Árbitro no Brasil junto ao Mercosul e Árbitro da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

JAIRO SADDI

Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo — USP. Professor e Coordenador dos Cursos de Direito do Ibmec/SP. Diretor do Centro de Estudos de Direito do Ibmec — IbmecLAW.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO

Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS

Advogado

LEONARDO GUIMARÃES

Professor na Faculdade de Ciências Econômicas da UFMG/FACE. Mestrando em Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Advogado

LIVIA ROSSI

Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO  
Mestrando em Direito na UNESP.  
Advogado

NELSON EIZIRIK  
Advogado no Rio de Janeiro e em São  
Paulo

OTÁVIO VIEIRA BARBI  
Mestrando em Direito Comercial pela  
Faculdade de Direito da Universidade  
Federal de Minas Gerais — UFMG.  
Advogado

PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO  
Advogado

RAUL DE ARAUJO FILHO  
Advogado

RODRIGO FERRAZ P. CUNHA  
Mestre em Direito pela Universidade de  
Bologna, Itália. Doutorando pela  
Universidade Federal de Minas Gerais —  
UFMG. Advogado

# Atualidades

## VERDADEIRA PROJEÇÃO DA ARBITRAGEM — CONVENÇÃO DE NEW YORK DE 1958

IRINEU STRENGER

*Introdução. Plano convencional. Apoio da Convenção de 1958. Estrutura legal. Conclusões.*

### *Introdução*

A verdadeira projeção internacional da arbitragem presume que exista uma fórmula válida para todos os ordenamentos jurídicos e sistemas nacionais, capaz de englobar juridicamente as possíveis diferenças de conceitos ou de nomenclaturas. Segundo o direito positivo das Convenções e os regulamentos de instituições especializadas, o conceito de arbitragem internacional não difere, essencialmente, da noção comum de arbitragem, em boa lógica. Geralmente, as Convenções pressupõem conceitos uniformes, ao que, unicamente, se circunscrevem notas como as de internacionalidade e comercialidade de seus objetos, dando-lhes plena validade e eficácia no reconhecimento relativamente aos ordenamentos dos países signatários.

A primeira Convenção internacional sobre a matéria, o Protocolo de Genebra de 1923, teve como objeto fundamental consagrar uma definição válida de arbitragem e sua aceitação pelos países signatários.

Em 1953, a Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI) submeteu às Nações Unidas um anteprojeto de Convênio sobre a execução das sentenças arbitrais internacionais, que incorporava formulações bastante avançadas. Em 1955, um comitê de expertos redigiu por encargo do Conse-

lho Econômico e Social da ONU um novo texto, bastante inovador, convertido, em 10 de junho de 1958, na convenção mais próxima ao anteprojeto da CCI.

A Convenção de New York contribuiu para dissipar algumas dúvidas interpretativas dos acordos genebrinos. Seu objeto era, como o de hoje, o “reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras”. Com propósito deliberado, a Convenção evita cunhar o conceito de sentença propriamente internacional, que havia sido preconizado pela CCI.

A Convenção de New York é de aplicação às sentenças arbitrais qualificadas de estrangeiras, em virtude de um duplo critério: (i) aquelas que se ditam no território de um Estado distinto daquele em que se pede o reconhecimento e execução; e (ii) aquelas que não sejam consideradas como sentenças nacionais no Estado em que se pede seu reconhecimento.

Finalmente, em 23 de julho de 2002, surge o esperado Decreto 4.311, que promulga a Convenção sobre o “Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, conhecida como “Convenção de New York de 1958”, atualmente subscrita por 130 países e ratificada com o maior sucesso entre os acordos concluído na história das Nações Unidas.

A advogada Andrey Gonçalves de Castro resumiu em poucas palavras as razões pelas quais a arbitragem está adquirindo grande importância na prática: "(...) diante de tantas vantagens que o instituto da arbitragem proporciona às empresas e de tantas incertezas econômicas vividas atualmente, tornarmos Estado-parte da Convenção de New York foi um passo certo e de extrema importância para as nossas relações comerciais internacionais futuras".

Estas razões que justificam sua utilização cada vez maior na prática jurídica brasileira são também motivos determinantes nas relações econômicas internacionais, especificamente, em concreto, nas relações comerciais. Basta recordar a dilação que, necessariamente, têm os processos judiciais e os princípios e disposições submetidos a uma arbitragem em nível internacional.

O Brasil sofreu nos últimos tempos um processo de integração na comunidade econômica internacional. A maciça chegada de inversões estrangeiras deram lugar a uma contratação crescente.

A introdução geral da Convenção de New York teve a mais alta importância, também, se comparada aos textos dos Tratados de Genebra.

O Protocolo de Genebra de 1923 meramente declarou a validade de um acordo na arbitragem, tratando da existência de futuras diferenças. A Convenção de Genebra de 1927 requereu uma adição de condições para execução da sentença arbitral, acordo válido para a aplicação da lei.

A Convenção de New York não previu uma regulação global do comércio internacional de arbitragem, por exemplo, da Convenção de Washington de 1965 e da Convenção Européia de 1961, e nem previu a Convenção de lei uniforme na arbitragem como, por exemplo, a Lei Européia de 1966. A Convenção de New York é essencialmente limitada sob dois aspectos internacionais de arbitragem comercial: a execução da arbitragem do art. II (3) e a

execução de sentença arbitral estrangeira dos arts. I, II e IV.

A executabilidade da decisão arbitral é o banco de prova da regulação, tanto interna como internacional da arbitragem comercial na ordem jurídica, onde se põe de lado o manifesto da abertura do Estado brasileiro à Comunidade das Nações, proclamando-se, em termos gerais, a necessidade do cumprimento do estabelecido nos Tratados Internacionais e pela prática internacional.

### *Plano convencional*

No plano convencional, destacam-se alguns preceitos de tratados multilaterais que expressam por si a executabilidade das sentenças dos Estados signatários.

Esse é o caso, por exemplo, do art. 3º do Protocolo de 1923: "Todo Estado contratante se compromete a assegurar a execução por suas Autoridades e conforme às disposições de suas leis nacionais das sentenças arbitrais promulgadas em seu território". Em parecidos termos, como não podia ser menos, o art. 1º do Convênio de 1927: "Nos territórios dependentes de uma das Altas Partes contratantes, às quais se aplique o presente Convênio, se reconhecerá a autoridade de toda sentença arbitral reincidente como consequência de um compromisso ou de uma cláusula compromissória (...) e a execução de tal sentença conduzirá a uma consequência de conformidade com as regras de procedimento seguidas no território onde a sentença se invoque quando tal sentença tiver sido ditada em um território dependente de uma das Altas Partes contratantes ao qual se aplique o presente Convênio, e entre pessoas submetidas à jurisdição de uma das Altas Partes contratantes".

O campo de aplicação da Convenção de New York não tem dependência com a nacionalidade das partes. Essa condição foi contida na Convenção de Genebra de 1927, a qual requereu que as partes não fossem

submetidas à jurisdição de diferentes Contratantes Estados.

A Convenção é também aplicável para a situação onde uma sentença é feita fora do lugar de nacionalidade das partes.

### *Apoio da Convenção de 1958*

Por que era desejável no Brasil a ratificação da Convenção de 1958?

1º. Porque a Convenção de 1958 não restringe seu âmbito de vigência nem à nacionalidade, nem à residência. Limita-se a falar de pessoas naturais ou jurídicas, sem qualquer condicionamento.

2º. A Convenção de 1958, à diferença do que ocorre no velho Protocolo genebrino de 1923, não diz que as sentenças devam ser ditadas em um dos Estados contratantes. Basta que as sentenças procedam do estrangeiro, sem menção alguma do país de origem.

3º. A Convenção de 1958 evita a terrível carga da prova que impõe o Convênio de 1927 a quem deseja solicitar a execução, no caso do Brasil, de uma sentença estrangeira. Exige, exclusivamente, a contribuição do controle do julgador brasileiro; obriga à parte interessada a evitar a execução, no Brasil, da sentença que fundamenta seus argumentos.

4º. A Convenção de 1958 adquiriu uma generalização extraordinária. Por isso, sua ratificação colocou a maior parte de relações brasileiras com o estrangeiro sob a cobertura do regime convencional. Ademais, por suas ratificações evita desfazer as lacunas produzidas em alguns países de extraordinária importância — como sucede com os Estados Unidos da América —, que em nossos dias se mantêm à margem dos convênios genebrinos e que ratificaram a Convenção de New York.

5º. A Convenção de 1958 adota um critério muito mais ágil em matéria de firmeza da decisão executável que a de 1927. Requer mera obrigatoriedade entre as partes, sem que seja necessário chegar a situa-

ção de irrecurribilidade. Executam-se as decisões vinculantes entre as partes, no marco e sob o condicionamento de sua obrigatoriedade.

6º. A Convenção de 1958 desfruta dos Convênios anteriores.

7º. O Estado brasileiro cumpre com seus compromissos internacionais ao acatar a Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas 3.108, de 1973, na que se recomenda a geral aceitação da Convenção de 1958. Textualmente: "A Assembléia Geral convida os Estados que ainda não tenham ratificado a Convenção para o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras de 1958, a que não se tenha aderido ainda, que considerem a possibilidade de fazê-lo".

8º. A Convenção de 1958 torna mais eficaz e célere o processo de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, na medida em que seu art. III dispõe que a essas sentenças não serão impostas condições substancialmente mais onerosas do que as impostas às sentenças arbitrais domésticas. Como o Estado brasileiro não fez reserva a esse artigo da Convenção, admite-se que sua vigência afasta a necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira perante instância judicial (no caso, Supremo Tribunal Federal), tal como já ocorre em relação às sentenças nacionais, as quais prescindem do ônus da homologação judicial para serem consideradas títulos executivos (art. 31 da Lei 9.307/1996).

Pois bem, a ratificação da Convenção de 1958 e a modificação da legislação processual interna, em que caiba expressa a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, não é suficiente. É imprescindível que os tribunais brasileiros modifiquem sua mentalidade a respeito. Em concreto, será vivamente aconselhável que ordenem a publicidade de suas resoluções; que fundamentem com doutrina mais sólida suas decisões, para assinalar uma normativa complementar a respeito; que abandonem cri-

térios jurisprudenciais próprios da época passada e incongruentes com a política diplomática e econômica do momento brasileiro atual.

Somente quando a intervenção de um árbitro ou de uma parte brasileira não implique — por deficiências legislativas ou jurisprudenciais — insegurança jurídica, evitaremos a certa marginalização internacional em que nos encontramos. Somente quando diante do descumprimento da palavra dada por um brasileiro houver certeza de que juridicamente será executável o compromisso contraído, só então o ordenamento jurídico brasileiro terá tornado realidade seu desejo tão claro de participar ativa e passivamente da comunidade jurídica internacional.

### *Estrutura legal*

A estrutura legal que governa a arbitragem comercial internacional tem sido significativamente aerodinâmica e harmonizada na direção de grande autonomia do processo.

É sabido que nosso ordenamento interno ignora a arbitragem internacional. Nem na lei de arbitragem privada, nem na lei processual encontramos a mínima referência aos critérios para diferenciar a arbitragem ou uma sentença nacional com internacionalidade.

Unicamente através da ficção de assimilar as sentenças judiciais e as sentenças arbitrais são abertos passos em nossa jurisprudência em caminho, ainda que precário, ao reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras.

Exclusivamente o art. II da Convenção de New York escolhe praticamente o mundo único de uma jurisdição dos procedimentos baseados em acordos válidos: "1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz res-

peito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria possível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por 'acordo escrito' uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas. 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável".

O Estado brasileiro ao ratificar a Convenção de 1958, cumpriu importante contribuição a esse respeito: a sentença não deve ser anulada ou suspensa mas, ela pode ser em curso de anulação ou de suspensão, durante que o procedimento do contratado pôr obstáculo ao *exequetur* em outros países. Assim, dispõe o art. VI da Convenção: "Caso a anulação ou suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no art. V I(e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto à execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas".

Num texto internacional, é necessário, portanto, evitar uma interpretação unilateral sobre o plano internacional. A esse respeito, as disposições que figuravam no Convênio de 1927, como os trabalhos preparatórios da Convenção de New York, permitem uma interpretação mais segura.

O Convênio de 1927 exige, no art. I: "que a sentença seja considerada definitiva no país onde ela foi feita; em seu sentido que não será considerada como tal se ela é suscetível de oposição, apelação ou recurso de revogação (nos países onde esses procedimentos existam) ou se provado que está em curso um procedimento para impugnar a validade da sentença".

Na verdade, a Convenção de New York de 1958 não significa uma revolucionária novidade quanto à determinação dos tipos de arbitragens existentes. Antes bem, incorpora uma prática aditiva no contexto da arbitragem comercial internacional.

No que concerne às condições do reconhecimento e de execução de sentenças realiza dois progressos maiores em relação àquela de Genebra de 1927. De uma parte, ela inverte a carga da prova: desde que o beneficiário da sentença traga original ou cópia devidamente certificada da sentença arbitral, bem assim da convenção de arbitragem (art. IV), e a outra parte, que se opõe à execução, para comprove existência das razões que invoca a este fim (art. V). De outro modo, as razões recebidas são menores e definidas de maneira mais restritiva; um só exemplo: não é mais pressuposto para a executoriedade da sentença que seja tornar-se definitiva (final) no seu país de origem, mas somente obrigatória (*binding*).

### *Conclusões*

Enfim, a Convenção de Arbitragem, como dispõe seu art. II, tem o grande mérito de editar um princípio geral de reconhecimento da cláusula compromissória e de fixar igualmente única regra material às condições de forma e os efeitos de toda convenção de arbitragem.

Concluimos que se impõe à Convenção de New York de 1958 o aditamento da lei-modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (UNCITRAL) sobre arbitragem comercial internacional, adotada em 21 de junho de 1985, em Viena, sem o que a Convenção de 1958 poderá perder sua eficácia em alguns pontos importantes e também sua verdadeira projeção no campo da arbitragem.

Esperamos que a análise e sugestões sobre a interpretação judicial referentes aos 45 anos de vigência da Convenção de 1958 sejam recebidas como modesta contribuição para o esclarecimento desta matéria.